

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, trece de marzo de dos mil doce.-

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación por falta de aplicación de la ley penal y falta de logicidad en motivación interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta y seis, del veintidós de noviembre de dos mil diez, que revocando y reformando la sentencia de primera instancia de fojas veinticinco, del veinticinco de junio de dos mil diez, absolvió a Cristóbal Santiago Arias Miranda de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de persona en estado de inconciencia en grado de tentativa en perjuicio de menor con identidad reservada. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Morales Parraguez.

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Del itinerario procesal.

Primero: El señor Fiscal Provincial de Islay mediante dictamen de fojas quinientos sesenta y uno -de la carpeta fiscal-, integrado a fojas quinientos sesenta y nueve, formuló requerimiento de acusación contra Cristóbal Santiago Arias Miranda por el delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación de persona en estado de Inconciencia en grado de tentativa en perjuicio de la menor identificada con las iniciales M.CH.A.G., previsto en el artículo ciento setenta y uno, segundo párrafo del Código Penal, concordado con el artículo dieciséis del Código acotado.

Segundo: El señor Juez de la Investigación Preparatoria mediante resolución de fojas uno, del veintinueve de octubre de dos mil nueve - del cuaderno de debate- dictó auto de enjuiciamiento y tuvo por admitidos los medios de prueba de la parte acusadora y de la parte acusada. El Juzgado Penal Colegiado "B" mediante resolución de fojas ocho, del nueve de noviembre de dos mil nueve señaló fecha para la audiencia de juicio. La audiencia se inició el dieciséis de junio de dos mil diez y concluyó el veinticinco de junio del mismo año, conforme al acta de juicio oral de fojas trece.

Tercero: El Juzgado Penal Colegiado "B" de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emitió la sentencia de fojas veinticinco, del veinticinco de junio de dos mil diez que por mayoría falló condenando a Cristóbal Santiago Arias Miranda como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de persona en estado de inconsciencia en grado de tentativa en agravio de la menor identificada con las iniciales M.CH.A.G., a diez años de pena privativa de libertad y fijó en dos mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil. Contra esta sentencia el citado procesado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas cuarenta y cuatro, el mismo que fue concedido mediante resolución de fojas cincuenta, del trece de julio de dos mil diez. Asimismo, la defensa del actor civil interpuso recurso de apelación respecto al monto de la reparación civil, que fuera concedido por resolución de fojas sesenta, del quince de julio de dos mil diez.

2. Del trámite recursal en segunda instancia.

Cuarto: La Segunda Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas cien, del siete de octubre de dos mil diez, convocó a los sujetos procesales a la audiencia de apelación, la misma que se realizó el veinticinco de octubre de dos mil diez y culminó el veintidós

de noviembre de dos mil diez, conforme aparece del acta de registro de audiencia de apelación de fojas ciento doce.

El Superior Tribunal mediante sentencia de vista de fojas ciento treinta y seis, del veintidós de noviembre de dos mil diez, revocó la sentencia impugnada en el extremo que declaró a Cristóbal Santiago Arias Miranda autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación de persona en estado de inconciencia en grado de tentativa en perjuicio de menor con identidad reservada, y reformándola lo absolvieron de dichos cargos.

3. Del trámite del recurso de casación del Fiscal Superior

Quinto: Notificada la sentencia de vista al Fiscal Superior, el mismo interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento cincuenta y nueve e introdujo dos motivos de casación: Falta de aplicación de la Ley Penal por inaplicación del artículo cuatrocientos veinticinco, numerales uno y dos del Nuevo Código Procesal Penal y defecto de logicidad en la motivación. Concedido el recurso por resolución de fojas ciento sesenta y nueve, del veintisiete de diciembre de dos mil diez, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha diez de enero de dos mil once.

Sexto: Cumplido el trámite de traslado a la parte recurrente, este Supremo Tribunal mediante auto de calificación de fojas veintiocho, del veintiuno de junio de dos mil once, declaró bien concedido el recurso de casación por los motivos de falta de aplicación de la Ley Penal e ilogicidad en la motivación previstos en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal, precisándose en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto que en la sentencia de fondo se determinará: si existió variación del contenido de la prueba personal conforme a la prohibición contenida en el numeral dos del artículo cuatrocientos

veinticinco del Código acotado y si la absolución se debió a un supuesto de delito provocado o porque los hechos no habrían ingresado al estadio de la tentativa.

Séptimo: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación, instalada la misma y realizados los pasos que corresponde conforme al acta que antecede, con intervención del señor Fiscal Supremo, el estado de la causa es el de expedir sentencia.

Octavo: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada con las partes que asistan se realizará por Secretaría de la Sala el veintiocho de los corrientes, a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conforme se dejó establecido en el auto de calificación de este Supremo Tribunal, los motivos de casación admitidos son el falta de aplicación de la ley penal e ilogicidad en la motivación. El señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas ciento cincuenta y nueve sostiene que pese a no haberse actuado nuevo medio probatorio en segunda instancia el Tribunal Superior otorgó diferente valor probatorio a las pruebas personales -testimoniales de los padres de la menor agraviada y de los efectivos policiales que participaron en la intervención del procesado-, inaplicando el numeral dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Nuevo Código Procesal Penal, así como también se valoró la declaración preliminar de la menor agraviada, pese a no haber sido incorporada al proceso penal y se desechó la declaración que prestó la referida menor en el juicio oral, a la vez que se aplicó indebidamente el instituto del delito provocado, que se

presenta cuando factores externos condicionan la generación de la voluntad delictiva del agente, lo que no se advierte en el presente caso.

SEGUNDO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. Según el requerimiento de acusación fiscal en el mes de agosto de dos mil ocho la menor agraviada -entonces de diecisiete años de edad y cursaba el quinto año de secundaria en el Colegio Deán Valdivia de la Ciudad de Mollendo- decidió contar a su madre que el procesado Cristóbal Santiago Arias Miranda -quien se desempeñaba como docente en el referido Centro Educativo- le hizo proposiciones amorosas y le confesó que estaba enamorado de ella, lo que quedó registrado en el video rotulado con el título "Audio Video Incriminatorio Profesor Deán Valdivia" de fojas veintiocho de la carpeta fiscal, a la vez que le entregó una nota escrita de su puño y letra obrante a fojas veintiséis en la consignó la dirección de su casa. El veintiséis de agosto de dos mil ocho el acusado citó a la menor en su domicilio para conversar sobre la forma en que podría ayudarla sobre una nota baja que había obtenido en el curso de Religión, pero como la madre de la menor había sido alertada sobre estos hechos ideo grabar la conversación entre su hija y el acusado manteniendo abierta la línea del teléfono celular que portaba la menor para permitir la audición de la conversación, al tiempo que denunció los hechos a la Policía y con participación del representante del Ministerio Público intervinieron la casa del acusado, lo que evitó la consumación del delito, ya que durante la intervención se incautaron una botella de vino y una botella de gaseosa, así como dos vasos

de vidrio, encontrándose en uno de los vasos restos de una sustancia líquida rojiza, que al ser sometida a análisis químico arrojó positivo para benzodiacepina con lo que habría pretendido colocar a la menor en estado de inconsciencia, conforme al Examen Pericial Químico de fojas sesenta y tres, habiéndose explicado en la audiencia de radicación pericial que dicho medicamento puede producir sedación, relajación muscular, somnolencia y hasta la pérdida de la conciencia dependiendo de la dosis.

B. Los peritos no realizaron un estudio cuantitativo de la dosis de bezodiazepina que se pretendió suministrar a la menor, por lo que no se pudo determinar si la misma resultaba idónea para provocar el estado de inconsciencia que reclama el tipo penal.

C. Resulta relevante el hecho de que la agraviada luego de ingresar a la casa del acusado, éste salió a comprar bebidas gaseosas, dejándola sola, por lo que tuvo posibilidad de retirarse de la vivienda y a su disposición los vasos, lo que ha servido de argumento a la defensa para sugerir que ella misma pudo haber colocado algún fármaco.

D. Del disco compacto rotulado como "Audiovideo Incriminatorio Profesor Deán Valdivia" se aprecia que es la menor quien hace preguntas sugeridas para inducir a una respuesta obtenida maliciosamente, incluso es ella quien introduce los temas de contenido sentimental, y teniendo en cuenta la fecha de grabación del video que corresponde al veintidós de agosto, como lo señaló el Ministerio Público en el debate de las piezas probatorias, dicha grabación se habría realizado cuatro días antes del evento delictivo imputado en este proceso.

- E. Respecto del disco compacto rotulado como "Video II 26-8-08" se aprecia que la distancia entre la ubicación de la menor sobre la cama y la mesa con los vasos es corta, lo que aleja la posibilidad de colocar sustancias en ellos, sin que lo perciba quien se encuentra tan cerca. Se trata de un cuarto pequeño, con densidad de muebles, pues el acusado tiene allí su dormitorio, cocina, mesa y computadora.
- F. Se evidencia entonces, de la prueba obtenida y examinada, que se trata de un delito provocado, supuesto en el cual la conducta delictiva no ha sido del todo planeada ni decidida por el acusado, y de todos modos, se iba a evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, pues la Fiscalía, la Policía y los padres de la niña habían adoptado las medidas necesarias de precaución, para evitar e impedir cual consecuencia indeseada.

TERCERO: La situación de hecho, objeto de subsunción jurídica, está claramente definida y, por lo demás, no corresponde a este Tribunal de Casación examinarla o, en su caso, valorarla, por expreso mandato del artículo cuatrocientos treinta y dos, apartado dos del nuevo Código Procesal Penal. Es de puntualizar, al respecto, que el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, pues debe formularse a partir del supuesto de hecho establecido en la sentencia, a efecto de examinar si el caso se resolvió de acuerdo a la ley sustantiva aplicable, no para revisar la solución del problema probatorio que antecedió al juicio de culpabilidad establecido en la sentencia, ya que esta cuestión atañe a lo que es la valoración de la prueba ajena al recurso de casación; es decir la eliminación del error judicial en

puridad no se hace por efecto de una nueva valoración de la prueba.

4. Prohibición de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal

CUARTO: El inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Nuevo Código Procesal Penal establece que la Sala Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

QUINTO: En este sentido, se debe precisar que la valoración de la prueba personal una vez que esta sea considerada regularmente obtenida, bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrollará en dos fases:

- a) La percepción directa de la prueba.
- b) Su estructura racional: razonamiento.

La primera está regida por la inmediación del Tribunal ante el que se desarrolla la prueba personal, lo que trasmite seguridad de lo que en el juicio se ha dicho. En cambio, la segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que se forma su convicción a través de lo directamente percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de la experiencia y de la lógica que le lleven a la convicción.

SEXTO: Por tanto, la estructura racional o razonamiento puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción directa, ya que la valoración de la prueba en cuanto comporta una análisis

racional de la misma y las deducciones que sobre la culpabilidad y la inocencia se expresa, puede ser objeto de control del órgano jurisdiccional superior.

El único límite a esa función revisora lo constituye precisamente la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción directa de la prueba personal practicada en el juicio oral, pero esto no debe confundirse con la facultad que tiene el Tribunal Superior para comprobar si la sentencia de primera instancia ha sido emitida con corrección lógica.

SÉPTIMO: En efecto, el inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Nuevo Código Procesal Penal delimita claramente el ámbito de la valoración de la prueba personal diferenciando lo que es percepción directa, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio oral (las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos), de la valoración racional que puede ser realizado por el Tribunal Superior, como en este caso ha ocurrido, pues la Sala Superior no otorgó diferente valor probatorio a las pruebas personales sino que se limitó a realizar una valoración racional de la prueba testifical.

En consecuencia, no existiendo una falta de aplicación de la ley penal carece de fundabilidad este motivo casacional.

5. Consideraciones sobre el agente provocador y el delito provocado

OCTAVO: De otro lado, como segundo agravio se acusa la falta de logicidad en la motivación, toda vez que la absolución se sustentaría en una indebida aplicación del delito provocado. A efecto de resolver este agravio es necesario hacer las siguientes consideraciones. El auto de calificación que declaró bien concedido el recurso de casación dejó establecido que no ha quedado claro si la absolución obedece a que se presentó el supuesto de agente

provocador o que porque los hechos imputados en el *iter criminis* no ingresaron al estadio de la tentativa, lo que será objeto de análisis en la sentencia de fondo.

NOVENO: En primer término es indispensable definir en sentido estricto lo que constituye un "agente provocador", pues no en todos los casos en que interviene alguna persona para procurar detectar o poner en evidencia una conducta punible, hay provocación. El agente provocador es la persona que determina la consumación del ilícito, haciendo que otra persona incurra en un delito que probablemente no se había propuesto realizar con anterioridad, para lo cual mantiene contacto permanente con la persona que va a inducir o bien tener simple contacto de manera ocasional. Existe provocación, entonces, en todos aquellos supuestos en los cuales el agente la provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había planteado consumir con anterioridad.

DECIMO: Para que exista el delito provocado es exigible que la provocación -en realidad, una forma de instigación o inducción- nazca del agente provocador, de tal manera que se incite a cometer un delito a quien inicialmente no tenía tal propósito, surgiendo así en el agente todo el "*iter criminis*", desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución del delito, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, por ello la actividad criminal nace viciada. El agente provocador cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, sino con el propósito de que el provocado se haga merecedor de una sanción. En nuestro ordenamiento no es admisible realizar mecanismos para tentar a las personas a cometer hechos delictivos, y menos provocar su consumación en circunstancias en que la persona inducida no se había planteado

esta posibilidad. Las personas no pueden válidamente inducir a otra persona a cometer un determinado delito.

ÚNDECIMO: Distinta es la situación cuando se interviene para acreditar que una persona ya se había planeado realizar la conducta ilícita y la intervención se produce en una fase sucesiva, como ocurre, por ejemplo en el caso del "agente encubierto", que se infiltra en una organización y tiene contacto con personas dedicadas a realizar hechos delictivos, con el fin de poner al descubierto a esas personas y someterlas a proceso penal, procurándose dos cosas básicas: por un lado obtener la prueba necesaria para acreditar el comportamiento ilícito y, por otro, tomar las precauciones necesarias para evitar que los sujetos alcancen el resultado que se proponían en el caso concreto. En este caso no podemos hablar de agente provocador en sentido estricto, pues ya la persona contactada por el agente encubierto había optado por dirigir su comportamiento hacia el hecho delictivo y el agente encubierto interviene con el fin de ponerlo en descubierto y para procurar elementos de prueba indispensables para demostrar que esa persona se dedicaba a esa actividad ilícita, por lo que su intervención en tales supuestos pone de manifiesto situaciones criminales ya existentes que presentan una indubitable relevancia penal (1).

DUODÉCIMO: En este contexto, dentro del marco fáctico en que fue descubierto el procesado Cristóbal Santiago Arias Miranda no se advierte una auténtica provocación por parte de la menor agraviada, pues su comportamiento estuvo dirigido a ponerlo al descubierto -ya que en su condición de docente le hizo requerimientos amorosos indebidos- y procurar elementos de prueba indispensable para demostrar que la pretendía seducir abusando de su condición

1 REY HUIDOBRO, Luis Fernando: El delito de Tráfico de Estupefacientes, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1987, pág.223.

de educador, limitándose a acudir a su domicilio y tener abierta la línea de su teléfono de celular para que se pueda escuchar la conversación, lo que de ninguna manera se puede considerar como un acto de provocación, pues la relación educador y alumna evidencia una situación de superioridad indiscutible a favor del acusado, que aprovechó y le permitió tener todo el dominio del hecho.

En consecuencia, se evidencia una indebida aplicación del supuesto de delito provocado que conduciría a estimar el recurso de casación; sin embargo, teniendo en cuenta no se habría dado inicio a la ejecución del delito para que se califique el hecho como delito tentado, tampoco es de recibo el segundo motivo invocado referido a la falta de logicidad en la motivación.

6. Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución

DÉCIMO TERCERO: La ley penal no solo sanciona los actos que efectivamente lesionan el interés jurídicamente por ella tutelado, sino también aquellas situaciones en que lo protegido es puesto en peligro mediante la conducta del agente, conforme al principio de lesividad previsto el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, el cual establece que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Ejemplo de ello, es lo que sucede con la tentativa, en la que el agente inicia la comisión de un hecho considerado como delictivo, pero no logra su consumación por factores ajenos a su voluntad, aunque también se puede presentar un caso de desistimiento voluntario. El inicio de la ejecución del delito por parte del agente es, entonces, requisito para que se estructure la tentativa.

DÉCIMO CUARTO: La tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, pone de relieve la toma de postura que un determinado

ordenamiento realiza frente a la discusión dogmática entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Prueba de ello es que el artículo diecisiete regula la tentativa inidónea. Así, la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos como punto de discusión en torno a la tentativa, debe resolverse a partir de la concepción del injusto que maneje un determinado ordenamiento, en el caso concreto, la legislación peruana. El fundamento de la punición de la tentativa va a jugar un papel determinante a la hora de distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutivos. En efecto, según la postura que se adopte, el sustento de la punición variará, y ello afectará, a su vez, la posición en torno a la distinción entre acto ejecutivo y acto preparatorio.

DÉCIMO QUINTO: Un planteamiento que parta de la comprensión de la norma penal como norma objetiva de valoración, entenderá que el sistema punitivo tiene como finalidad la protección de determinados valores. Así entonces, la norma se encuentra establecida para proteger bienes jurídicos, y el contenido del injusto estará dado por la lesión o puesta en peligro del mismo, lo cual será verificable mediante lo objetivo. Si se entiende que el injusto es de carácter objetivo, dado que la norma tiende a la protección de bienes jurídicos protegidos, es imperativo el optar por una disminución punitiva en aquellos eventos en que se dé inicio a la ejecución del delito sin que el mismo se consume (2). En efecto, " (...) el desvalor de resultado es el elemento necesario e imprescindible para la construcción del injusto penal, esto es, el elemento fundante; el desvalor de acción cumple la función auxiliar de fijar la dirección de la voluntad y por lo tanto se constituye en elemento cofundante ..."

2 El Art.16° del Código Penal establece que: " (...) El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

(3). En consecuencia, los actos preparatorios por su lejanía respecto del bien jurídicamente tutelado, se considerarán en todo caso impunes, al igual que sucede con la tentativa inidónea y la tentativa imposible, en las cuales la conducta no tiene la entidad para poner en peligro el objeto de protección.

DÉCIMO SEXTO: De otro lado, la norma penal como subjetiva de determinación, significa sostener que ella establece un patrón de conducta que se busca sea interiorizado por sus destinatarios, de manera que cuando es contrariada, lo sancionado es la exteriorización de una voluntad rebelde hacia el mandato legal. Entender la norma penal como subjetiva de determinación, implica afirmar que es procedente la sanción, mas allá de que se lesione o no un bien jurídico protegido, pues en esta hipótesis, lo protegido es la fidelidad hacia la norma. El contenido del injusto para esta postura estará dado por el desvalor de acción. De acogerse esta postura de corte subjetivista, serían punibles tanto la tentativa imposible como la inidónea, pues en estas, también el autor ha manifestado su voluntad de contrariar la norma.

DÉCIMO SÉPTIMO: En la actualidad existe doctrina mayoritaria que entiende que el injusto debe contener tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, o lo que es lo mismo, que la norma penal debe entenderse tanto como norma objetiva de valoración, como norma subjetiva de determinación. Son varios los argumentos para optar por una tesis en este sentido. En primer lugar, si se tiene en cuenta que las funciones del derecho penal están dadas por la función de motivación y la función de protección de bienes jurídicos, puede llegarse a entender que el injusto se constituye tanto por el

3 GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo: "Dogmática penal y teoría del injusto en el Nuevo Código Penal". Colombia. P. 213.

desvalor de acción como por el de resultado. Mediante la función de protección de bienes jurídicos, el legislador busca que el derecho penal proteja bienes jurídicos necesarios para que el individuo pueda desarrollarse dentro de una sociedad determinada. Así entonces, el Derecho Penal será la rama del ordenamiento que conmine mediante penas aquellas conductas que atenten contra la convivencia dentro de la comunidad.

DÉCIMO OCTAVO: Por otra parte, mediante la función de motivación, el Derecho Penal busca que sus normas sean interiorizadas por los individuos, quienes se abstendrán de incurrir en las conductas sancionadas por la ley penal ya sea, por que introyectan el valor protegido por la ley, o por el temor a la sanción. Así entonces, para el caso de la función de protección de bienes jurídicos la norma penal obrará como norma objetiva de determinación, mientras que en el caso de la función de motivación, la norma se entenderá como subjetiva de determinación, de modo que para que se pueda sancionar una conducta, es necesario que la misma lesione o ponga en peligro bienes jurídicos -antijuridicidad material-.

DÉCIMO NOVENO: En los fundamentos jurídicos anteriores hemos desarrollado las diversas posturas sobre la naturaleza de la norma penal y como, para el caso del ordenamiento peruano, es necesario entender el injusto penal como un ente complejo, compuesto tanto por el desvalor de acción, como por el de resultado, de manera conjunta, ya que el principio de lesividad opera no en la fase estática de la previsión legal, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta punible. Se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, en el sentido de que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna típica, concurre el desvalor de resultado, entendido como el impacto

en el bien jurídico tutelado, al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, y en ello consiste la denominada antijuridicidad material.

VIGÉSIMO: Estando definido lo anterior se debe señalar que el denominado *iter criminis* fue desarrollado por CARRARA. Así, el principal autor de la escuela clásica italiana enseña que el mismo comprendía las siguientes fases: a. Fase ideativa, o de ideación, en la que surge la idea criminal en la mente del delincuente. b. Fase preparativa, en la cual el agente dispone los medios elegidos con miras a crear las condiciones básicas para la realización del delito perseguido. c. Fase ejecutiva, en la que el agente emplea los medios elegidos para realizar el delito perseguido. d. Fase de consumación en la que el agente obtiene el resultado típico propuesto, mediante los medios por él dispuestos para el efecto. La primera fase abarca los momentos de la ideación del delito, la deliberación que precede a la decisión de cometerlo y la resolución criminal, en la que la voluntad se inclina por la realización del delito. REYES ECHANDÍA considera que en esta fase preparativa los actos aún son equívocos, para hacer referencia a que pueden estar dispuestos tanto para cometer el delito, como para otro comportamiento (4).

VIGÉSIMO SEGUNDO: El primer presupuesto para que se estructure la tentativa es la necesidad de exteriorización de la conducta mediante la realización de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación del hecho. En efecto, es necesario que el sujeto activo de la conducta exteriorice su personalidad mediante actos que supongan algo más allá de su fuero interno. Para que la conducta entre en la fase de ejecución es requisito que el agente realice una conducta en el sentido jurídico penal del término, lo cual, en todo

4 REYES ECHANDÍA, Alfonso. La tipicidad. P. 146.

caso, supondrá la realización de una serie de actos externos sin que se pueda penar a alguien por su forma de ser, de pensar etc. Así entonces, la doctrina ha distinguido en el desarrollo del *iter criminis* los denominados actos preparatorios de los actos ejecutivos, para señalar, que solo a partir de los segundos, es punible la tentativa. La Corte Suprema ha destacado que en el proceso del delito se destacan dos fases: la fase interna que comprende la ideación y la fase externa que abarca los actos preparatorios, la tentativa, la consumación y el agotamiento del delito. Los actos preparatorios, vienen a ser la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar lo que se propone, los que generalmente también son atípicos y, por ende, impunes (5).

VIGÉSIMO TERCERO: Así entonces, en el acto preparatorio aún no se alcanza a poner en peligro el bien jurídico, por lo que estaremos frente a actos preparatorios, cuando se inicie el peligro de lesión para el interés jurídicamente tutelado sin que sea necesario tener en consideración el plan del autor, pues dogmáticamente ello sería incorrecto, ya que hay tentativa cuando el sujeto da inicio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicado todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico tutelado, lo que no ocurrió en el caso de autos, pues únicamente se habrían dado inicio a los actos preparatorios (al haberse encontrado benzodiacepina en uno de los vasos), los que no son punibles por no constituir propiamente actos ejecución del tipo penal, pues como se indicó anteriormente, para que exista tentativa se requiere el comienzo de la ejecución, es decir

5 Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. N° 4804-98. Huaura. CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner.

de actos idóneos y eficaces para lesionar el bien jurídico protegido, de los cuales pueden también deducirse la voluntad del agente, y que revelen el comienzo de la ejecución según el plan que se ha propuesto el autor, Lo cierto es que el hallazgo de benzodiacepina en uno de los vasos no evidencia, *perse*, el inicio de la realización del delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia. En efecto, de acuerdo con el marco fáctico transcrito en el fundamento jurídico segundo no se desprende un peligro inmediato para el bien jurídico ni se puede deducir del mismo, la verdadera voluntad del agente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por falta de aplicación de la ley penal y falta de lógica en motivación interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta y seis, del veintidós de noviembre de dos mil diez, que revocando y reformando la sentencia de primera instancia de fojas veinticinco, del veinticinco de junio de dos mil diez, absolvió a Cristóbal Santiago Arias Miranda de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de persona en estado de inconsciencia en grado de tentativa en perjuicio de menor con identidad reservada.

II. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a la no recurrente.

III. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

BMP/mss.